

HØJESTERETS DOM

afsagt torsdag den 13. juni 2013

Sag 250/2011

(1. afdeling)

Advokat A

(selv)

mod

HK/Danmark som mandatar for B

(advokat Mette Østergård)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 16. august 2011.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Søgaard, Marianne Højgaard Pedersen, Henrik Waaben, Michael Rekling og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, advokat A, har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Indstævnte, HK/Danmark som mandatar for B, har nedlagt påstand om, at A skal betale 185.346 kr. med procesrente af 59.346 kr. fra den 11. juli 2008 og af 126.000 kr. fra den 7. oktober 2008.

Bs påstand er opgjort således:

Godtgørelse 9 måneders løn af 14.000 kr.	126.000 kr.
Erstatning for løn 9.-31. maj 2008	10.752 kr.
Erstatning for løn juni, juli og august	42.000 kr.
Feriegodtgørelse 12,5 % af 52.752 kr.	<u>6.594 kr.</u>
I alt	<u>185.346 kr.</u>

Anbringender

A har anført, at B i henhold til helbredsoplysningslovens § 6 inden ansættelsen havde pligt til at oplyse ham om, at hun led af ADHD. Bortvisningen af hende er sket med rette, idet hun ikke oplyste ham om denne lidelse, der havde betydning for hendes evne til at udføre det konkrete arbejde, som omfattede håndtering af hans klienter, der overvejende er alvorligt psykisk syge personer. For at undgå indsigelser om passivitet var han nødt til at bortvise hende uden at foretage en arbejdsprøvning af hende.

En funktionsnedsættelse som følge af ADHD er ikke et handicap, hvis symptomerne kan fjernes, forsvinde eller i væsentlig grad forsvinde. Han havde ret til at lægge en lægmands opfattelse af ADHD til grund og antage, at ADHD havde en umiddelbar, direkte og dokumenterbar betydning for Bs evne til at udføre sit arbejde. Hun har ikke ført bevis for, at funktionsnedsættelsen var uafhjælpelig. Efter erklæringen fra hendes læge må det antages, at hun var så velbehandlet, at der ikke længere forelå en funktionsnedsættelse, der skulle kompenseres for. Der foreligger derfor ikke en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven.

Han har bestridt, at helbredsoplysningslovens § 2, stk. 4, er overtrådt, og at han har udvist retsfortabende passivitet.

En eventuel erstatning og godtgørelse bør nedsættes væsentligt, da ADHD ikke tidligere er anset for at være et handicap.

B har anført, at hun har et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, idet hun lider af ADHD, og bortvisningen af hende var uberettiget og i strid med lovens § 2, jf. § 1. Det er ikke en betingelse for at være handicappet, at der er et kompensationsbehov. Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende EU-direktiv er bredt og dynamisk og omfatter det såkaldte miljøbestemte handicapbegreb, jf. EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11, Ring, og C-337/11, Skouboe Werge. Der bør ved fastsættelsen af godtgørelsesbeløbet tages udgangspunkt i praksis efter ligebehandlingsloven om opsigelse af gravide lønmodtagere.

B har subsidiært anført, at A har overtrådt helbredsoplysningsloven ved uberettiget at anvende oplysninger om hendes ADHD-lidelse til at begrænse hendes muligheder for at bevare sin ansættelse, jf. helbredsoplysningslovens § 2, stk. 4, og hun har derfor krav på godtgørelse ef-

ter lovens § 12. Hvis Højesteret lægger til grund, at ADHD-lidelsen var af væsentlig betydning for hendes arbejdsdygtighed, jf. helbredsoplysningslovens § 6, har hun opfyldt sin oplysningspligt, idet hun gav denne oplysning til de to advokatsekretærer, C og D, som deltog i ansættelsessamtalen, og som A tog med på råd, da han traf afgørelsen om at ansætte B.

B har mere subsidiært anført, at A har udvist retsfortabende passivitet ved først at bortvise B den 8. maj 2008, i forhold til at han blev bekendt med hendes ADHD-lidelse den 6. maj 2008.

Supplerende sagsfremstilling

Af statusattest af 18. juni 2008 vedrørende B fra speciallæge i psykiatri Peter Simonsen til Jobcenter Sønderborg fremgår bl.a.:

”Pt. har langvarigt været i psykologbehandling hos Karen Wernberg, og undertegnede har haft kontakt med hende siden 11.04.08 på mistanke om ADHD.

Ud fra testmateriale og de anamnesticke oplysninger, er der ingen tvivl om, at pt. har ADHD. Hun er derfor startet i Ritalinbeh. med særdeles god subjektiv og objektiv effekt.

Pt. har de sidste 5 år levet i et tilfredsstillende parforhold. Hun er student og har taget en kontoruddannelse, men har haft svært ved at fastholde et job. Det må forventes, at hun vil blive bedre i stand til dette fremover efter, at hun er kommet i Ritalinbeh. Jeg vil anbefale, at pt. støttes i, at få en praktikplads mhp. fastansættelse på kontor. Umiddelbart vurderes det, at hun max. vil kunne klare 30 timer om ugen. Pt. har fortsat behov for støttende kontakt, og hun fortsætter beh. hos psykolog. Ligeledes har hun også fortsat kontakt til undertegnede mhp. vurdering af den medikamentelle behandling.

...

Jeg mener, at det er vigtigt, at hun primært støttes i at komme i praktik mhp. ansættelse på kontor. Det må vurderes senere, om hun har et varigt skånebehov.”

Af speciallægens journal fremgår bl.a.:

”11.04.08 22-årig kvinde henvist pga. mistanke om ADHD. Går til samtaler hos psykolog Karen Wernberg.

Pt. er født og opvokset i nærheden af X-købing. Efter almindelig folkeskole, tog hun studentereksamen og HH, hvorefter hun kom i lære på kontor på X på Y. Pga. sin psykiske tilstand har hun haft store koncentrationsproblemer i skolen og under uddannelsen, og hun har valgt at skifte job. Hun arbejder nu som nattevagt på Z, og hun er for 2 uger siden blevet ansat som post, hvilket hun er meget glad for.

...

Pt. har hos psykologen udfærdiget ADHD-test, og hun scorer så højt, at der er meget stor sandsynlighed for, at hun har ADHD.

...

Ud fra testmaterialet og de anamnesticke oplysninger, har pt. utvivlsomt ADHD, og hun er motiveret for at blive beh. med Ritalin.

...

Pt. er medgivet recept på Ritalin. ...

- 05.05.08. Pt. synes, det har været meget positivt effekt af Ritalinbeh. Umiddelbart mærkede hun en fysisk ro, hun kunne pludselig sidde og se fjernsyn uden at skulle foretage sig noget andet samtidigt. Efterhånden har hun fået mere ro i hovedet, kæresten har givet udtryk for, at hun ikke snakker så meget længere, og han synes også, at det er meget positivt.

...

Den første uge tog pt. 10 mg Ritalin om morgenen, senere har hun gradvis øget dosis til nu 30 mg i alt. Hun har bemærket, at hvis hun tager 10 mg Ritalin ca. 1½ time før sengetid, får hun en rigtig god og rolig nattesøvn.

Pt. føler sig mest urolig om aftenen, der synes ikke at være sufficient effekt af 30 mg.

...

Pt. har haft nogle problemer i forb. med nattevagter, da måtte hun undlade at tage Ritalin. Det er imidlertid ikke længere noget problem nu stopper hun både med at have vagter og med at være postbud. Hun har fået et vikariat som advokatsekr., og når det udløber til januar, er hun blevet stillet i udsigt, at hun kan blive fastansat, hvilket hun er meget glad for.

...

- 16.06.08 Pt. synes nu, hun er velindstillet i Ritalinbeh. Der er enkelte dage, hun tager 10 mg Ritalin sidst på eftermiddagen, det er når hun skal et eller andet om aftenen. De fleste dage klarer hun sig med 30 mg om morgenen.

...

Pt. beskriver de vanskeligheder, hun har haft. Hun har spec. svært ved at styre sin økonomi, hun har svært ved at foretage indkøb i en forretning, hun kan ikke overskue, hvad hun skal købe ind med mindre kæresten laver en indkøbsseddel til hende. Hun kan ikke lave mad til gæster. Hun arbejder bedst, når hun har et fast program, hvis hun ikke er i arbejde, kommer hun næsten aldrig i gang før sidst på dagen, hvor det måske er nødvendigt. Hun prøver at strukturere dagen, og hun tror også, at det går lidt bedre nu, efter hun er kommet i Retalinbeh.

...

- 12.08.08 Pt. angiver fortsat velbefindende. Fortæller at nu kan hun være mere spontan, når hun får lyst til noget, således har hun vandret nogle ture på Gen-

darmstien medbringende telt, og så har hun overnattet ude sammen med hunden.

Nogle dage klarer pt. sig med 30 mg Ritalinkaps. om morgenen, men virkningen aftager som regel mellem kl. 17.00 og 19.00, og det viser sig, at hun bliver mere omkringfarende og snakker mere. Det hjælper dog at tage 10 mg Ritalin ekstra, men ofte føler hun, at det giver en indre uro og søvnbesvær.

...

23.09.08 Pt. er nu fuldstændig velbefindende, en dosis på Ritalin Uno 40 mg om morgenen er passende. Hun er kommet i arbejdsprøvning på et kontor foreløbig 20-25 timer om ugen, men efterhånden skal hun op på 30 timer.
..."

Om retsgrundlaget

EU-Domstolen har i dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11, Ring, og C-337/11, Skouboe Werge, besvaret præjudicielle spørgsmål fra Sø- og Handelsretten om fortolkningen af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2008 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Dette direktiv er gennemført i dansk ret ved forskelsbehandlingsloven.

De to konkrete sager, der blev forelagt EU-Domstolen, angik afskedigelse af henholdsvis en person med konstante lænderygsmærter, der ikke kunne behandles, og en person, som ved et trafikuheld havde pådraget sig en piskesmældsskade. Hovedspørgsmålet i sagerne var, om handicapbegrebet omfatter helbredstilstanden for en person, som varigt eller i længere tid på grund af en funktionsnedsættelse forårsaget af sygdom ikke – eller kun i begrænset omfang – kan udføre sit arbejde.

EU-Domstolen udtalte bl.a.:

”36 Det bemærkes, at begrebet »handicap« ikke er defineret i selve direktiv 2000/78. Derfor fastslog Domstolen i Chacón Navas-dommens præmis 43, at dette begreb skal forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i arbejdslivet.

37 FN-konventionen [om rettigheder for personer med handicap], som blev ratificeret af Den Europæiske Union ved afgørelse af 26. november 2009, altså efter afsigelsen af Chacón Navas-dommen, anerkender i præambelens litra e), at »handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsmæssige og omgivelsesbestemte barrierer, som hindrer deres fulde og effektive deltagelse i samfundslivet på lige fod med an-

- dre«. Således bestemmer denne konventions artikel 1, stk. 2, at personer med handicap omfatter personer, »der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre«.
- 38 Henset til de i denne doms præmis 28-32 anførte betragtninger [hvorefter direktivet i videst muligt omfang bør fortolkes i overensstemmelse med FN-konventionen] skal begrebet »handicap« forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere.
- 39 Det fremgår desuden af FN-konventionens artikel 1, stk. 2, at den fysiske, psykiske, intellektuelle eller sensoriske funktionsnedsættelse skal være »langvarig«.
- 40 Det tilføjes endvidere, således som generaladvokaten har anført i punkt 32 i forslaget til afgørelse, at det ikke ses, at direktiv 2000/78 kun omfatter handicap, der er medfødt, eller som skyldes ulykker, og udelukker handicap, der er forårsaget af en sygdom. Det ville nemlig være i strid med selve dette direktivs formål, som er at sikre ligebehandling, at definere dets anvendelsesområde med henvisning til årsagen til handicappet.
- 41 Det skal følgelig fastslås, at hvis en helbredelig eller uhelbredelig sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og hvis denne begrænsning er af lang varighed, kan en sådan sygdom henhøre under begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78.
- 42 Derimod er en sygdom, som ikke medfører en sådan begrænsning, ikke omfattet af begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78. Sygdom i sig selv kan nemlig ikke anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78 (jf. Chacón Navas-dommen, præmis 57).
- 43 Den omstændighed, at den berørte person kun kan udføre sit arbejde i begrænset omfang, er ikke til hinder for, at denne persons helbredstilstand henhører under begrebet »handicap«. I modsætning til det af [arbejdsgiverne] anførte indebærer et handicap ikke nødvendigvis en fuldstændig udelukkelse fra at få et arbejde eller fra arbejdslivet.
- 44 Det bemærkes i denne henseende, at begrebet »handicap«, således som det følger af denne doms præmis 38, skal forstås således, at det omfatter en gene for udøvelsen af en erhvervmæssig aktivitet, og ikke, som anført af [arbejdsgiverne], således, at det er umuligt at udøve en sådan aktivitet. Helbredstilstanden for en handicappet person, som er i stand til at arbejde, om end kun på deltid, kan derfor henhøre under begrebet »handicap«. En fortolkning som den af [arbejdsgiverne] foreslåede ville i øvrigt være uforenelig med målet med direktiv 2000/78, som bl.a. er, at en handicappet person kan få adgang til beskæftigelse eller til at udøve den.
- 45 Desuden afhænger konstateringen af, at der foreligger et handicap, ikke af karakteren af tilpasningsforanstaltningerne, såsom anvendelsen af specielt udstyr. Det skal i denne forbindelse fastslås, at definitionen af begrebet »handicap« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2000/78 går forud for fastsættelsen og vurderingen af de hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 5.
- 46 I overensstemmelse med 16. betragtning til direktiv 2000/78 tilsigter sådanne foranstaltninger at tage hensyn til behovene hos personer med handicap. De er derfor en følge af og ikke en grundlæggende bestanddel af begrebet handicap. Ligeledes gør

- de foranstaltninger eller de tilpasninger, som er anført i 20. betragtning til dette direktiv, det muligt at overholde den forpligtelse, der følger af artikel 5 i nævnte direktiv, men de finder kun anvendelse på betingelse af, at der foreligger et handicap.
- 47 Det følger af de ovenstående betragtninger, ... at begrebet »handicap« i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.”

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen rejser navnlig to spørgsmål. For det første om B har tilsidesat en oplysningspligt efter helbredsoplysningslovens § 6. For det andet om bortvisningen af hende begrundet i hendes ADHD-lidelse var i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap.

Helbredsoplysningsloven

Højesteret finder, at B har opfyldt en eventuel oplysningspligt efter helbredsoplysningslovens § 6 ved i tilknytning til ansættelsessamtalen den 19. april 2008 at oplyse om sin ADHD-lidelse til advokatsekretærerne C og D, som deltog i ansættelsessamtalen sammen med A.

As bortvisning af B under henvisning til, at hun ikke havde opfyldt sin oplysningspligt, er derfor uberettiget, og hun har krav på erstatning for løn og feriegodtgørelse i opsigelsesperioden med i alt 59.346 kr.

Forskelsbehandlingsloven

Efter EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11, Ring, og C-337/11, Skouboe Werge, skal begrebet ”handicap” i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende direktiv fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.

Efter bevisførelsen, herunder navnlig de foreliggende lægelige oplysninger, lægger Højesteret til grund, at B led af ADHD i en sådan grad, at hun var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende EU-direktiv. Hun blev bortvist af A med henvisning til hendes ADHD-lidelse. Der foreligger derfor en direkte forskelsbehandling efter forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2. Højesteret finder, at B som følge heraf bør tilkendes en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1.

Ved fastsættelse af godtgørelsen bør der tages udgangspunkt i de retningslinjer, der har udviklet sig i praksis ved afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9, og der er ikke i den foreliggende sag grundlag for at fravige dette udgangspunkt i op- eller nedadgående retning. Godtgørelsen fastsættes derfor, uanset at der var tale om en tidsbegrænset ansættelse, til 84.000 kr. svarende til 6 måneders løn.

Højesteret tager herefter Bs påstand til følge som nedenfor bestemt.

Sagsomkostningerne for Højesteret er fastsat til dækning af advokatudgift med 50.000 kr. og af delvis retsafgift for Højesteret med 2.940 kr., i alt 52.940 kr. Sagsomkostningerne for Sø- og Handelsretten er forhøjet med 680 kr. til dækning af delvis yderligere retsafgift for Sø- og Handelsretten til i alt 38.820 kr.

Thi kendes for ret:

A skal betale 143.346 kr. til B med procesrente af 59.346 kr. fra 11. juli 2008 og af 84.000 kr. fra 7. oktober 2008.

I sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten og Højesteret skal A betale 91.760 kr. til HK/Danmark som mandatar for B.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.